

El concepto autónomo de “detención” en el Derecho penal de la UE. De la orden de detención europea a la necesidad de una apreciación sistémica del concepto *

The autonomous concept of “detention” in EU criminal law. From the European Arrest Warrant to the need for a systemic appraisal of the notion

STEFANO MONTALDO

Universidad de Turín

Stefano.montaldo@unito.it

MARTA RAMAT

University of Milan Bicocca

m.ramat@campus.unimib.it

Recibido: 10/09/2023 Aceptado: 08/12/2023

Cómo citar: Montaldo, Stefano y Ramat, Marta, “El concepto autónomo de “detención” en el Derecho penal de la UE. De la orden de detención europea a la necesidad de una apreciación sistémica del concepto”, *Revista de Estudios Europeos* 83 (2024): 361-395.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.83.2024.361-395>

Resumen: “Detención” es un concepto crucial en el marco de cooperación judicial de la UE. A falta de una definición normativa común, el Tribunal de Justicia de la UE interpretó la “detención” como un concepto autónomo del Derecho de la UE en el asunto *JZ*. Este artículo pretende ilustrar el razonamiento del Tribunal en el asunto *JZ* y las implicaciones sistémicas de esa noción autónoma en el marco de la cooperación judicial. En este sentido, se selecciona la Decisión marco sobre la Orden europea de vigilancia como estudio de caso, demostrando cómo la noción tal y como se enmarca en *JZ* puede no ajustarse a todos los instrumentos de cooperación judicial. Estas consideraciones se integran finalmente en el debate sobre el establecimiento de normas comunes de la UE en materia de detención.

Palabras clave: conceptos autónomos; detención; cooperación judicial en materia penal; orden europea de vigilancia; privación de libertad personal

*El artículo constituye el resultado de las reflexiones conjuntas de los autores. No obstante, la introducción y las secciones 1, 2 y 3 han sido redactadas por Stefano Montaldo, mientras que las secciones 4 y las conclusiones se atribuyen a Marta Ramat. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Proportionality of criminal penalties in EU law”, financiado por la Universidad de Turín, Programa de Subvenciones para la Internacionalización 2023.

Abstract: "Detention" is a crucial concept in the EU judicial cooperation framework. In the absence of a common normative definition, the EU Court of Justice construed "detention" as an autonomous concept of EU law in the *JZ* case. This article aims at illustrating the Court's reasoning in *JZ* and the systemic implications of that autonomous notion on the judicial cooperation framework. In this sense, the European Supervision Order Framework Decision is selected as a case-study, demonstrating how the notion as framed in *JZ* may not fit all judicial cooperation instruments. These considerations are finally integrated in the broader debate on the establishment of common EU rules on detention.

Keywords: autonomous concepts; detention; judicial cooperation in criminal matters; European Supervision Order; deprivation of personal liberty

INTRODUCCION. CONCEPTOS AUTONOMOS Y COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA PENAL

En las dos últimas décadas, el Tribunal de Justicia ha extendido su arraigada técnica argumentativa de establecer conceptos autónomos del Derecho de la UE al ámbito altamente sensible de la cooperación judicial en materia penal. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal ha dado lugar a declaraciones históricas sobre conceptos como residencia, pena, autoridad judicial emisora y ejecutora (independiente) y detención. Huelga decir que estos conceptos constituyen el núcleo de diversos instrumentos de cooperación judicial y, lo que es aún más importante, afectan a intereses y principios clave en los que se basa el establecimiento del sistema avanzado de cooperación horizontal transfronteriza de la UE a efectos de aplicación de la ley penal, como la protección de los derechos individuales, la eficacia de los mecanismos de cooperación judicial, la preservación del orden público y la lucha contra la impunidad en un espacio sin fronteras, en el que las mayores posibilidades de huir de la justicia constituyen un efecto secundario recurrente de la "unión cada vez más estrecha" entre los Estados miembros.

El establecimiento de conceptos autónomos a escala de la UE tiene importantes implicaciones en el contexto del Derecho derivado de la UE por el que se aplica el principio de reconocimiento mutuo¹. Como es sabido, la piedra angular del sistema de cooperación judicial en

¹ En general, sobre los conceptos autónomos en el derecho de la UE, Sanchez Frías, Alejandro, *Los conceptos autónomos en el derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2023.

materia penal presupone que las autoridades judiciales nacionales confíen unas en otras. El punto de referencia de la confianza mutua es la posibilidad de confiar en la capacidad de las autoridades extranjeras para garantizar un nivel satisfactorio de protección de los valores de la UE y de los derechos individuales. Sin embargo, la confianza mutua es también el objetivo final de la práctica judicial diaria, en la que la fragmentación de los ordenamientos jurídicos nacionales, las culturas y las prácticas judiciales ofrecen oportunidades regulares para la desconfianza. Desde este punto de vista, por una parte, un entendimiento común de nociones clave y a menudo transversales tiene un potencial significativo para orientar la cooperación judicial hacia la consecución de dichos valores fundacionales. Por otro lado, contribuye a salvar las fuerzas centrífugas que pueden bloquear la cooperación en favor de opciones normativas nacionales o interpretaciones judiciales de conceptos importantes del Derecho penal sustantivo y procesal.

Por lo tanto, los conceptos autónomos pueden ser especialmente beneficiosas para el proceso de integración de la UE en materia de aplicación del Derecho penal². De hecho, el reconocimiento mutuo no sólo ofrece una alternativa viable y flexible a la armonización impulsada por la UE, sino que es ante todo un paradigma para la coordinación de los distintos ordenamientos jurídicos que se enfrentan en un escenario transfronterizo. Esto implica respetar las legislaciones nacionales, establecer el ámbito de aplicación respectivo durante un procedimiento horizontal de cooperación, garantizar el diálogo y determinar las tareas y responsabilidades durante el desarrollo de las distintas fases del procedimiento. Cuanto más eficaz sea la gobernanza de estos elementos, menos problemática resultará la falta de confianza, la fragmentación de los enfoques jurídicos nacionales y los intereses contrapuestos a la hora de garantizar un sistema viable.

Podría argumentarse razonablemente que el recurso del Tribunal a conceptos autónomos en el ámbito en cuestión ha ido probablemente algunos pasos más allá de lo que se pretendía o esperaba en un principio. Mientras que conceptos como el de residencia han tenido consecuencias limitadas en los ordenamientos jurídicos nacionales, principalmente en beneficio de una aplicación más satisfactoria de algunos mecanismos

² Mitsilegas, Valsamis (2020), “Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe’s area of criminal justice”, *Common Market Law Review*, vol. 57(1), pp. 45-78.

como la orden de detención europea, la configuración de las nociones de pena y de autoridad judicial independiente han tenido un fuerte impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales y en las opciones de aplicación, especialmente en algunos Estados miembros.

En este marco, la definición autónoma de detención de la UE constituye un ejemplo reciente y particularmente interesante. La detención es, fundamentalmente, un componente esencial de cualquier sistema de aplicación del Derecho penal. Como tal, está sujeta a la importante variabilidad que se deriva de las percepciones políticas nacionales y de los consiguientes enfoques jurídicos. En virtud de la división vertical de competencias entre la UE y sus Estados miembros, la fase de ejecución de las resoluciones judiciales sigue estando en gran medida excluida de los esfuerzos de armonización de la Unión. Sin embargo, al mismo tiempo, es coesencial para el funcionamiento de los procedimientos de cooperación judicial, que a menudo implican el encarcelamiento de una persona o la imposición de otras medidas coercitivas restrictivas de su libertad.

La noción de detención es, por tanto, un ejemplo ilustrativo de la enmarañada encrucijada creada por los valores, derechos e intereses que los mecanismos de cooperación judicial horizontal cuestionan en un escenario extraterritorial. Este artículo trata de arrojar luz sobre el fondo y las implicaciones de la postura del Tribunal sobre la detención como noción autónoma del Derecho de la UE.

El análisis comienza esbozando las distintas facetas del concepto de detención. Destaca el mayor nivel de armonización que caracteriza el ámbito del Derecho de migración en comparación con el Derecho penal (2). En este último ámbito, tanto las garantías vinculadas a la detención como su propia definición se dejan en manos del TJUE. La sección 3 analiza la posición del TJUE, centrándose en el asunto *JZ*. Partiendo de esta premisa, el artículo hace hincapié en las posibles implicaciones de la noción autónoma de internamiento tanto para el funcionamiento del mecanismo de la ODE como para la coherencia del sistema de reconocimiento mutuo de la UE (4). La sección 5 aborda la necesidad de adaptar la noción autónoma de “detención” a las especificidades de cada instrumento de reconocimiento mutuo y toma la Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia como ejemplo ilustrativo y de actualidad.

1. LA DETENCIÓN COMO CONCEPTO POLIFACÉTICO EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Tanto en el ámbito nacional como en el de la UE, la detención no es una noción única. Si bien su definición recuerda en general -y de forma coherente- la situación de una persona privada de libertad mediante su confinamiento en un lugar determinado, su diseño normativo y la medida en que el ordenamiento jurídico de la Unión determina su contenido e implicaciones varían en función del ámbito político de que se trate.

Esto queda claramente esbozado en dos importantes componentes del Espacio de libertad, seguridad y justicia; a saber: la migración y el asilo, y la cooperación judicial en materia penal.

Por una parte, en los ámbitos de la migración y del asilo, el Derecho derivado de la UE establece una definición de internamiento y una serie de condiciones sustantivas estrictas para que el internamiento de un migrante sea legal. Habida cuenta de la gravedad de esa injerencia en el derecho a la libertad consagrado en el artículo 6 de la Carta y de la importancia de ese derecho, varias disposiciones de la Directiva 2013/33 sobre procedimientos de asilo, del Reglamento Dublín 604/2013 y de la Directiva 2008/115 relativa al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular imponen límites claros a la facultad de las autoridades nacionales competentes de imponer tales medidas administrativas³.

Además, estos instrumentos también establecen requisitos de procedimiento, cuyo objetivo es garantizar que, en cada Estado miembro, las autoridades judiciales competentes puedan poner en libertad a la persona en cuestión, tan pronto como sea evidente que su detención no es, o ha dejado de ser, legal.

En general, estos antecedentes normativos han llevado al Tribunal a calificar sistemáticamente el "internamiento" como una noción autónoma del Derecho (de migración) de la UE, que incluye "cualquier medida coercitiva que prive al solicitante de su libertad de circulación y

³ Directiva por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, 2013/33/UE de 26 de junio de 2013; Reglamento por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, (UE) 604/2013, de 26 de junio de 2013, Directiva relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, 2008/115/CE, de 16 de diciembre 2008.

lo aisle del resto de la población, obligándolo a permanecer permanentemente dentro de un perímetro restringido y cerrado"⁴.

Por otra parte, el legislador de la UE adopta un enfoque menos intrusivo en la cooperación judicial en materia penal. Algunos actos derivados de aplicación del principio de reconocimiento mutuo apenas recuerdan la noción en cuestión y se abstienen de establecer el marco para otras descripciones, normas o normativas comunes.

Esta variabilidad puede explicarse por dos factores principales: el margen de maniobra concedido a la Unión por el reparto vertical de competencias con los Estados miembros y la disposición del legislador de la UE a desplegar esfuerzos normativos en pro de una mayor armonización de los ordenamientos jurídicos internos en ámbitos especialmente sensibles.

Sin embargo, estas diferentes estrategias normativas comparten un doble fundamento subyacente. En primer lugar, la noción de detención impulsada por la UE es el negativo fotográfico del derecho a la libertad. Cuanto mayor es el riesgo de violación de este derecho, más estrictas son las normas comunes de la UE. Mientras que, por lo general, se presume que los sistemas nacionales de justicia penal están plenamente dotados de garantías sustantivas y procesales para evitar abusos, el internamiento administrativo de nacionales de terceros países es una zona gris de la aplicación de la ley, en la que los poderes coercitivos públicos necesitan una orientación más rigurosa. En segundo lugar, el planteamiento del legislador de la UE se ve influido de manera crucial por la naturaleza de la política de que se trate y por la búsqueda de la plena eficacia del Derecho comunitario pertinente. En los ámbitos de la migración y el asilo, la detención administrativa no es en sí misma el objetivo político último, sino más bien un medio para alcanzar otros objetivos -mucho más ambiciosos-, como el retorno forzoso de los inmigrantes en situación irregular, la prevención de los movimientos secundarios y la gestión rápida de los procedimientos de asilo. La lucha contra la impunidad es, en cambio, un interés ampliamente reconocido en el que se basa la aplicación de los mecanismos de cooperación judicial, uno de cuyos objetivos clave es garantizar la aplicación del Derecho penal en el espacio sin fronteras de la Unión. Por lo tanto, la definición normativa actual de la noción de detención es funcional al papel que la propia

⁴ SSTJUE de 17 de diciembre de 2020 (asunto C-808/18 *Comisión Europea c. Hungría*, apartado 159).

detención desempeña en varios pilares del Espacio de libertad, seguridad y justicia.

2. EL CONCEPTO DE DETENCIÓN A EFECTOS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL DE LA UE EN MATERIA PENAL

Hasta ahora, el principal banco de pruebas para la calificación de la detención como noción autónoma del Derecho de la UE en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal ha sido la Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea (ODE)⁵. De manera crucial, la detención es un elemento fundador del mecanismo avanzado de entrega establecido por este acto, ya que la ODE se aplica a hechos punibles por la legislación del Estado miembro emisor mediante una pena privativa de libertad o una orden de detención. En este contexto, dos disposiciones principales se centran en la detención como medida impuesta a la persona buscada durante el procedimiento de ejecución de una ODE. En particular, el art. 12 establece que las autoridades del Estado de ejecución decidirán si la persona buscada, tras su detención sobre la base de una ODE, debe permanecer detenida, cuando se cumplan las condiciones establecidas por la legislación del mismo Estado. La posibilidad de mantener detenida a la persona buscada tiene por objeto garantizar la eficacia del mecanismo en cuestión: se permite que las autoridades de ejecución mantengan el control sobre la persona implicada, evitando así cualquier riesgo de fuga y asegurando las posibilidades de entrega. Complementariamente, el art. 26 establece que el período de detención impuesto a la persona buscada en el Estado miembro de ejecución con el fin de garantizar la entrega se deducirá del período total de detención que deba cumplirse en el Estado miembro emisor.

Precisamente la referencia al internamiento contenida en esta última disposición fue cuestionada en el asunto *JZ*⁶, en el que el Tribunal de Justicia calificó este concepto como una noción autónoma del Derecho de la UE. En esa ocasión, el tribunal del litigio principal se enfrentó a la solicitud de la persona entregada en la que se pedía que se le aplicara un

⁵ Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002.

⁶ SSTJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-294/16 PPU *JZ*).

descuento de la pena por razón de un período de limitación de la libertad sufrido mientras estaba pendiente la ejecución de la ODE. La medida coercitiva en cuestión consistía en un toque de queda nocturno de nueve horas, impuesto junto con la vigilancia del interesado mediante una etiqueta electrónica, la obligación de presentarse en una comisaría a horas fijas diariamente o varias veces por semana, y la prohibición de solicitar documentos de viaje extranjeros. La cuestión preliminar clave se refería a si, en conjunto, estas medidas podían encajar en la noción de detención, desencadenando así el trato beneficioso en virtud del art. 26 de la decisión marco sobre la orden de detención europea.

Como esperaba el propio órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia respondió negativamente. Curiosamente, sin embargo, lo hizo defendiendo una lectura autónoma a escala de la UE del concepto en cuestión. La cuestión controvertida ante el Tribunal de Luxemburgo era el grado de intensidad que debe alcanzar una medida coercitiva para calificarse de internamiento. A este respecto, los gobiernos intervinientes defendieron dos puntos de vista principales -y contrapuestos-. El gobierno polaco intentó transmitir una interpretación más liberal, según la cual una medida como la que nos ocupa podría considerarse análoga a la detención en la medida en que alcanzara un nivel significativo de intensidad y penosidad. El argumento merecía crédito por instar a un enfoque sustantivo de las medidas coercitivas, independientemente de las definiciones formales y del lugar de reclusión. Sin embargo, no quedaba claro si el punto de referencia para medir tal grado de intrusión en la vida de una persona debía considerarse desde una perspectiva objetiva, subjetiva o mixta. Otros gobiernos rechazaron esta lectura generosa y defendieron la opinión de que el internamiento debía reservarse a las medidas que causan privación de libertad *stricto sensu*. De manera crucial, el Tribunal recogió algunos elementos de ambas posturas. Partiendo de la petición de la Comisión de un "entendimiento común" de una noción esencial para el funcionamiento del sistema de la ODE, propuso una interpretación autónoma del art. 26.

El primer elemento fundamental de esta definición a escala de la UE tiene que ver con el nivel de coerción de la medida en cuestión. El Tribunal observó que los términos "detención" y "privación de libertad" se utilizan indistintamente en las distintas versiones lingüísticas de la Decisión marco relativa a la ODE. Esto se debe a su afinidad sustancial, ya que ambas denominaciones evocan "una situación de confinamiento o encarcelamiento, y no una mera restricción de la libertad de

circulación”⁷. En otras palabras, la mera limitación de la libertad de circulación no alcanza el umbral necesario de intrusividad: detención equivale a privación de libertad y, a la inversa, la privación de libertad es un elemento constitutivo de la detención.

El segundo componente clave de la noción autónoma de detención pone en juego su construcción conceptual orientada a los derechos fundamentales. Una vez que aceptamos que la detención implica una frustración total del art. 6 de la Carta, esta relación mutua determina los límites de la noción en cuestión, al margen de peligrosos planteamientos formalistas. Esto puede deducirse claramente del art. 26 de la Decisión marco relativa a la ODE, que tiene por objeto cumplir la obligación general de respetar los derechos fundamentales consagrados en el art. 1(3) de la Decisión marco sobre la ODE y que evita restricciones indebidas al derecho a la libertad personal y al principio de proporcionalidad de las penas en virtud del art. 49(3) de la Carta. De ello se deduce que cualquier medida que no constituya privación de libertad en sentido estricto, pero que alcance el nivel de intensidad necesario, equivale a privación de libertad y, en consecuencia, a detención. El Tribunal presenta este enfoque sustancial como una situación excepcional, manteniendo así el foco en la opción principal del encarcelamiento. No obstante, proporciona a los órganos jurisdiccionales nacionales una serie de criterios para evaluar si una situación se ajusta a este alto grado de gravedad: a saber: el tipo, la duración, el efecto y la forma de aplicación de una medida o de un conjunto de medidas.

A este respecto, la postura adoptada por el Tribunal de Justicia se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que rechaza sistemáticamente una apreciación formalista de las medidas coercitivas y apunta a las consecuencias materiales y personales para el individuo afectado. En consonancia con el planteamiento del Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia niega que una medida como la controvertida constituya un equivalente a una pena privativa de libertad. De ello se desprende que, en principio, el concepto autónomo de detención no abarca los toques de queda parciales y que tal medida no desencadena la garantía establecida en el art. 26 de la Decisión marco relativa a la ODE. Al mismo tiempo, basándose en la jurisprudencia *Melloni*⁸, el Tribunal de Luxemburgo reconoce que el art.

⁷ *Ibid.*, apartado 40.

⁸ SSTJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11 *Stefano Melloni*).

26 de la Decisión marco relativa a la ODE establece un nivel mínimo de protección, que los Estados miembros pueden superar concediendo deducciones del período restante por cumplir basándose únicamente en disposiciones nacionales más generosas.

Al final, el Tribunal de Justicia consigue establecer unas condiciones equitativas, al tiempo que permite que los Estados miembros preserven su jardín secreto normativo en lo que respecta a las normas que regulan la ejecución de las condenas penales, el ámbito del Derecho penal en el que la fragmentación de los ordenamientos jurídicos nacionales alcanza su punto álgido.

Curiosamente, el razonamiento del Tribunal revela una característica distintiva del uso de la categoría de conceptos autónomos. Aunque los conceptos autónomos se defienden a menudo por la necesidad de aumentar la uniformidad del ordenamiento jurídico de la UE, la naturaleza específica del ámbito en cuestión y los límites impuestos a la intervención normativa de la UE disminuyen el potencial armonizador del concepto de detención. Lejos de ser una especie de noción híbrida o autónoma de segundo rango, la convergencia de la comprensión común de la UE del concepto en cuestión y del margen de maniobra concedido a los Estados miembros en la determinación del conjunto de instrumentos para la aplicación del Derecho penal debe leerse bajo la égida del principio de proporcionalidad de las penas. Una orientación conceptual más clara y compartida puede ser un poderoso impulso para la protección de las personas que se enfrentan a medidas coercitivas y permite un control judicial más atento sobre la elección entre la detención y medidas menos restrictivas.

3. LA DETENCIÓN COMO NOCIÓN AUTÓNOMA: IMPLICACIONES PARA EL SISTEMA DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL DE LA UE

3. 1. La noción de detención y la Orden de Detención Europea

Mantener una interpretación común de la noción de detención es, en primer lugar, importante para el funcionamiento del propio mecanismo de la ODE. Como es sabido, la Decisión Marco 2002/584/JAI exige que las autoridades de ejecución tramiten las órdenes con carácter de urgencia. La necesidad de rapidez se refleja en la predeterminación de una serie de plazos sucesivos que las autoridades competentes deben cumplir. En particular, si la persona buscada no

consiente en entregarse, las autoridades de ejecución deben tomar una decisión sobre el reconocimiento en un plazo de 60 días, que puede prorrogarse 30 días más. Por una parte, el Tribunal de Justicia ha intentado destacar la importancia de estos plazos, como forma de instar a las autoridades nacionales a que los tomen en serio. En el asunto *Jeremy F*, por ejemplo, condicionó la compatibilidad de las normas procesales nacionales que establecen un recurso con efecto suspensivo sobre la ejecución de una resolución de entrega al hecho de que este control judicial complementario se complete en los plazos fijados por la Decisión marco⁹. De hecho, los plazos prescritos en el art. 17 sólo pueden incumplirse "en situaciones excepcionales", como en una situación de *force majeure*¹⁰.

Además, la predeterminación de un ritmo claro para el procedimiento en el Estado de ejecución presenta algunas consecuencias apremiantes una vez que la autoridad de ejecución ha decidido entregar a la persona buscada. Una vez adoptada la decisión sobre la ejecución de la orden de detención europea y mientras se llevan a cabo los preparativos prácticos subsiguientes para la entrega, las autoridades competentes pueden mantener detenida a la persona buscada durante un máximo de 10 días tras el reconocimiento de la resolución judicial extranjera. En este caso, de conformidad con el art. 23(5), la puesta en libertad es obligatoria, pero de nuevo las autoridades de ejecución necesitan recurrir al conjunto de medidas alternativas cuya naturaleza y efectos no supongan una desviación del art. 6 de la Carta¹¹.

Por otra parte, sin embargo, el Tribunal ha reconocido que, en la práctica, el plazo de 90 días previsto en el art. 17 de la Decisión marco sobre la ODE no es estrictamente obligatorio, por el simple hecho de que su expiración no tiene consecuencias concluyentes sobre el procedimiento pendiente en el Estado de ejecución. En otras palabras, la obligación de reconocer y ejecutar la orden dictada en otro Estado miembro persiste aunque no se hayan respetado los plazos correspondientes. De no ser así, la eficacia del sistema de entrega se vería drásticamente obstaculizada, ya que los retrasos constituyen un hecho bastante habitual en la práctica diaria, debido a diversos factores,

⁹ SSTJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-168/13 PPU *Jeremy F*).

¹⁰ SSTJUE de 28 de abril de 2022 (asunto C-804/21 PPU *C y CD c. Syyttäjä*).

¹¹ SSTJUE de 8 de diciembre de 2022 (asunto C-492/22 PPU *CJ*).

incluidas las estrategias de defensa dilatorias (perfectamente legítimas) de la persona buscada.

Esta consideración ha llevado al Tribunal de Justicia a declarar que la persona buscada puede ser privada de libertad aunque la duración de la medida coercitiva supere los plazos fijados por la Decisión marco¹². En consecuencia, la jurisprudencia también ha declarado la incompatibilidad con el Derecho de la UE de una disposición nacional que establece la obligación general e incondicional de poner en libertad a una persona buscada detenida en virtud de una orden de detención europea tan pronto como haya transcurrido un plazo de 90 días desde la detención de dicha persona¹³. Si las circunstancias del caso demuestran un riesgo grave de fuga y dicho riesgo no puede reducirse a un nivel aceptable mediante la imposición de medidas alternativas adecuadas, el funcionamiento del sistema de la ODE, las preocupaciones en materia de seguridad y el afán por evitar la impunidad prevalecen sobre las reclamaciones individuales basadas en el artículo 6 de la Carta.

Al mismo tiempo, la autoridad de ejecución tiene el deber de garantizar un equilibrio adecuado entre la búsqueda de la eficacia del mecanismo de la ODE y la necesidad de evitar una frustración desproporcionada del derecho a la libertad personal. A la luz de las circunstancias específicas del procedimiento de ejecución en cuestión, la autoridad competente debe considerar la posibilidad de conceder la libertad provisional. En este caso, la misma autoridad sigue teniendo la obligación de adoptar cualquier medida necesaria que - sin implicar una privación de libertad - pueda mantener una forma de control sobre la persona buscada y evitar que huya de la justicia. Si bien la decisión sobre la medida o el conjunto de medidas más adecuadas corresponde a la autoridad interna en virtud del Derecho nacional y de las opciones disponibles, la propia autoridad competente está obligada a elegir un instrumento que no supere el umbral de intensidad de una "simple" limitación del derecho a la libre circulación, según los criterios establecidos en *JZ*.

Otros límites a la facultad de las autoridades nacionales de mantener encarcelada a una persona se refieren a posibles obstáculos procesales que prolonguen la fase de ejecución. En particular, el Tribunal de Justicia ha descartado la compatibilidad con el Derecho de la UE de

¹² SSTJUE de 16 de julio de 2015 (asunto C-237/15 PPU *Lanigan*).

¹³ SSTJUE de 12 de febrero de 2019 (asunto C-492/18 PPU *TC*).

las normas procesales nacionales que determinan la suspensión de los plazos previstos por la Decisión marco relativa a la ODE en caso de remisión prejudicial o que se basan en la voluntad de las autoridades nacionales de esperar a que se dicte una resolución prejudicial a raíz de una solicitud formulada por otras autoridades judiciales, manteniendo detenida a la persona buscada. De hecho, cualquier aplazamiento de la decisión sobre el reconocimiento y la entrega, incluso en caso de que esté vinculado a la necesidad de evaluar el riesgo de que la persona en cuestión se enfrente a un trato inhumano y degradante en el Estado de emisión, no puede ofrecer en sí mismo un margen para la privación automática e indeterminada de la libertad persona.

En última instancia, por tanto, la autoridad judicial de ejecución soporta la carga de equilibrar los intereses en juego, a la luz de un análisis caso por caso, de modo que se identifique una salida adecuada al choque entre las expectativas individuales de protección y la necesidad sistémica de orden público y cooperación judicial efectiva. Una lectura común de la noción de detención apoya la tarea de las autoridades nacionales, orienta sus responsabilidades y, en definitiva, fomenta la confianza en la capacidad y preparación de las autoridades extranjeras para evitar prácticas de detención desproporcionadas.

3. 2. La noción autónoma de detención y sus implicaciones para el funcionamiento del sistema de cooperación judicial en materia penal de la UE

El establecimiento de una noción autónoma de detención a escala de la UE puede ser especialmente prometedor también desde un punto de vista sistémico. Como es sabido, la Decisión marco sobre la ODE de 2002 representó el primer acto de la UE dedicado a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial en materia penal. Sin embargo, con el paso de los años, la creciente complejidad del escenario normativo de la UE ha dado lugar a un entramado de legislación anterior y posterior a Lisboa que extiende el paradigma del reconocimiento mutuo a un conjunto cada vez más variado de resoluciones judiciales. Esta trayectoria normativa refleja la ambición original de la Comisión de establecer un conjunto completo de instrumentos que permitan la ejecución transfronteriza de las resoluciones judiciales más relevantes, desde la fase previa al juicio hasta la fase de ejecución de una sentencia firme. Dado que cada resolución

judicial tiene sus propias características y efectos específicos, estos actos se han elaborado decisión por decisión, como si constituyeran regímenes autónomos e independientes, con conexiones formales muy limitadas, cuando no inexistentes. Sin embargo, la práctica demuestra que el carácter monolítico del Derecho derivado comunitario pertinente es una fachada que oculta profundas intersecciones recíprocas.

El caso de la Decisión marco sobre la ODE vuelve a ser especialmente interesante a este respecto. En efecto, el ámbito de aplicación de este instrumento invade otras tres medidas de reconocimiento mutuo: la Decisión Marco 2009/829/JAI relativa a la Orden Europea de Vigilancia (en lo sucesivo, "DM OEV"), la Decisión Marco 2008/909/JAI relativa al traslado de presos y la Decisión Marco 2008/947/JAI¹⁴. Más concretamente, la Decisión Marco 2009/829/JAI regula la dimensión transnacional de las medidas cautelares no privativas de libertad y tiene por objeto compartir la fase de cooperación judicial con las ODE dictadas a efectos de enjuiciamiento, mientras que los otros dos actos completan el sistema avanzado de entrega transfronteriza a efectos de ejecución.

En conjunto, estos instrumentos han introducido en la caja de herramientas de las autoridades judiciales nacionales un sistema global para la circulación transfronteriza en toda la UE del mayor número posible de categorías de personas condenadas, tanto en casos de medidas privativas de libertad como de medidas no privativas de libertad. Como tales, las líneas divisorias recíprocas del ámbito de aplicación personal y objetivo de estas Decisiones marco pueden plantear problemas, que van desde el riesgo de solapamientos y lagunas normativas y prácticas hasta los incentivos de las autoridades judiciales nacionales para optar por un instrumento en lugar de otro¹⁵.

¹⁴ Decisión marco relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, de 23 de octubre de 2009, 2009/829/JAI; Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas y otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2008, 2008/909/JAI; Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, de 27 de noviembre de 2008, 2008/947/JAI.

¹⁵ Montaldo, Stefano (2022), "Intersections among EU judicial cooperation instruments and the quest for an advanced and consistent European judicial space: The case of the

El diseño normativo de este nexo de complementariedad adoptó dos formas diferentes. Algunas disposiciones describen la relación entre los actos en cuestión como una relación mutuamente excluyente. Es el caso del art. 3, apartado 1, de la Decisión Marco 2008/947/JAI, que excluye del ámbito de aplicación de este acto la ejecución de sentencias que impongan penas privativas de libertad o medidas de privación de libertad, que se tratarán en virtud de la Decisión Marco 2008/909/JAI. Lo mismo ocurre con la Decisión Marco 2009/829/JAI, cuyo ámbito de aplicación se limita a las medidas alternativas a la detención provisional y que, por tanto, no implican una privación de libertad en sentido pleno.

Cuando la interacción entre la legislación de la UE considerada está más articulada, la conexión es objeto de una regulación detallada. Por ejemplo, el art. 18 Decisión Marco 2008/909/JAI prevé un solapamiento entre este acto y la Decisión Marco de la ODE en caso de desviación de la regla de especialidad. A menos que se produzca una de las excepciones de la lista exhaustiva de este principio, el apartado 3 establece la posibilidad de que el Estado miembro de emisión procese o condene a la persona implicada por otro delito cometido antes del traslado al consentimiento de las autoridades de ejecución. La solicitud de consentimiento debe contener toda la información mencionada en el art. 8(1) de la Decisión Marco ODE, es decir, el contenido ordinario de una orden de detención europea. En este contexto, el artículo 18, apartados 2 y 3, de la Decisión Marco 2008/909/JAI refleja en gran medida el artículo 27, apartados 2 y 3, de la Decisión 2008/909/JAI, con pequeñas diferencias, y reitera que las normas en cuestión sólo se aplican a los delitos punibles con penas privativas de libertad o medidas de seguridad privativas de libertad.

Esta convergencia refleja una estrategia normativa más amplia, según la cual la coherencia entre las distintas medidas de aplicación del reconocimiento mutuo se busca a través de cláusulas transversales recurrentes. La detención y la privación de libertad son ejemplos elocuentes. Con las debidas adaptaciones derivadas de las peculiaridades de cada mecanismo, la reiteración de disposiciones equivalentes en distintos actos facilita la aplicación fluida de la legislación de la UE y refuerza la uniformidad y la viabilidad del sistema normativo de cooperación judicial, aunque sólo sea por el hecho de que la orientación

transfer and surrender of convicts in the EU”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 13(3), pp. 252-269.

interpretativa derivada de la jurisprudencia luxemburguesa puede ser beneficiosa con independencia de la disposición específica en la que se centre.

A este respecto, el potencial de un enfoque común de la noción de detención no es en absoluto accesorio. De hecho, más allá de las perfecciones normativas abstractas, la práctica judicial a nivel nacional se enfrenta a obstáculos cotidianos. Por poner un ejemplo ilustrativo, numerosos estudios demuestran una preferencia tan clara como indebida por las ODE con respecto a las OEV¹⁶. Este último instrumento casi no se aplica en toda Europa, hasta el punto de que doce años después de la expiración del plazo de aplicación, sólo se han registrado unas pocas docenas de casos. Una de las explicaciones de este fracaso es la tendencia generalizada a recurrir en mayor medida a la detención preventiva cuando se trata de extranjeros, si se compara con los procesos penales contra los propios ciudadanos¹⁷. Aunque las razones de esta tendencia consolidada se sitúan necesariamente en el trasfondo del presente análisis, es importante señalar su influencia indirecta en el ámbito de aplicación del mecanismo de cooperación judicial y en sus interacciones recíprocas. De hecho, el recurso excesivo a las medidas privativas de libertad en relación con los sospechosos extranjeros de haber cometido un delito acaba por minimizar el abanico de casos en los que la ODE puede sustituir a una ODE dictada a efectos de enjuiciamiento. *Mutatis mutandis*, se puede hacer una reflexión similar sobre la relación entre la orden de detención europea, el traslado de presos y las medidas no privativas de libertad que caen bajo el paraguas de la Decisión Marco 2008/947/JAI, ya que las estadísticas muestran un recurso más limitado a las herramientas no privativas de libertad, tanto en el momento en que se dicta la sentencia como *a posteriori*, durante la fase de ejecución. Estas intersecciones constituyen factores existenciales para los instrumentos en

¹⁶ Jacobson, Jessica; Heard, Catherine y Fair, Helen, *Prison. Evidence of its use and over-use from around the world*, Institute for Criminal and Policy Research – Fair Trials, 2017, https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/global_imprisonment_web2c.pdf.

¹⁷ Neira-Pena, Ana (2020), “The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order: The defeat of Liberty Versus Security”, *European Papers*, vol. 5(3), p. 1493-1509.

cuestión, ya que contribuyen a su éxito cuantitativo (o a su falta de éxito) en la práctica diaria¹⁸.

Además, una comprensión clara y compartida de los límites recíprocos entre la privación de libertad y la restricción de la libertad de circulación es crucial en caso de que la ejecución de una medida coercitiva en el extranjero exija su adaptación al contexto jurídico del Estado de emisión y a la caja de herramientas disponible en el mismo. Si bien el principio de legalidad impide la imposición de penas más severas o la derogación del conjunto de medidas previstas en un Estado miembro y de sus características fundamentales, como la duración y las implicaciones materiales para la persona afectada, la fragmentación de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de aplicación del Derecho penal puede ser una fuente arriesgada de controversias y, a la larga, de desconfianza -cuando no recelo- entre los Estados miembros¹⁹.

4. ESTUDIO DE CASO. ARRESTO DOMICILIARIO Y DECISIÓN MARCO 2009/829/JAI

En este contexto, la Decisión marco sobre la OEV (también ‘DM OEV’) ofrece un ejemplo interesante de cómo cada instrumento de cooperación judicial puede conllevar una noción autónoma *ad hoc* de la detención, adaptada a sus especificidades.

De acuerdo con su propio título, la Decisión marco sobre la OEV establece un sistema de reconocimiento mutuo de las “resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional”, con vistas a su vigilancia en el Estado miembro de residencia legal y habitual de la persona interesada (art. 9(1) DMOEV) o en otro Estado miembro indicado por dicha persona, a condición de que el Estado miembro en cuestión dé su consentimiento (art. 9(2) DMOEV). La razón de ser de este sistema es preservar los vínculos familiares y sociales del sospechoso, que se verían obstaculizados si se le mantuviera en prisión

¹⁸ Brandariz, José (2020), “Framework Decision 2008/909/JHA and Deportation of EU Citizens: Encroaching Different EU Law Tools”, in Montaldo, Stefano (Dir.), *The transfer of Prisoners in the European Union. Challenges and Prospects in the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, Eleven International Publishing, p. 95.

¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, el litigio entre Italia y Rumanía que dio lugar a la petición de decisión prejudicial C-179/22, *AR*, posteriormente revocada por la autoridad judicial rumana.

preventiva o se le sometiera a medidas alternativas en un Estado miembro en el que no tuviera vínculos personales.²⁰

Es fundamental determinar si la medida de que se trata en un caso constituye un “detención” o una alternativa al mismo para establecer si la situación en cuestión entra en el ámbito de aplicación de la Decisión marco sobre la OEV y, por tanto, para determinar si la persona puede ser supervisada en el extranjero y mantener sus vínculos sociales. En este contexto, se plantean dos problemas. En primer lugar, algunos ordenamientos jurídicos nacionales consideran expresamente que determinadas medidas son privativas de libertad, aunque no lleven al sospechoso a ser encarcelado. Por lo tanto, los diferentes enfoques adoptados a nivel nacional pueden dar lugar a discrepancias interpretativas y, en última instancia, a incoherencias en la aplicación de la OEV en los Estados miembros de la UE. Es evidente que tales diferencias se evitarían si la noción de “detención” -y, por tanto, de “alternativa”- se interpretara como un concepto autónomo. Establecer si esta posibilidad existe en el marco de la Decisión marco sobre la OEV será el objeto del apartado 4.1.

En segundo lugar, incluso suponiendo que la “detención” constituya un concepto autónomo a efectos de la OEV, la actual noción de “detención” de la UE plantea las mismas cuestiones que las nacionales, al ser más amplia que el encarcelamiento (*supra*, apartado 2). Así pues, la aplicación ciega de la definición de *JZ* a la Decisión marco de la OEV seguiría conduciendo a una comprensión estrecha del ámbito de aplicación de la Decisión marco. En particular, este problema se analizará en el apartado 4.2. en relación con el arresto domiciliario.

A falta, por el momento, de jurisprudencia del TJUE sobre este punto, algunos tribunales y legislaturas nacionales ya han intentado encontrar una solución al problema planteado por el arresto domiciliario y su naturaleza a efectos de la DM OEV. Algunas de estas soluciones se presentarán a modo de ejemplo en el apartado 4.3.

4. 1. La "detención" en la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo: ¿sigue siendo un concepto autónomo del Derecho de la UE?

Según el art. 1, la DM OEV establece un marco común para el reconocimiento mutuo de resoluciones “sobre medidas de vigilancia

²⁰Neira-Pena, Ana, *cit.*, p. 1497.

emitidas [...] como sustitución de la prisión provisional”. El punto de partida para determinar si la “detención” constituye un concepto autónomo del Derecho de la UE es, por tanto, la definición de tales resoluciones, que figura en la propia Decisión marco. Según el art. 4(a), «resolución sobre medidas de vigilancia» [significa] una resolución ejecutiva adoptada [...] por una autoridad competente del Estado de emisión, adoptada con arreglo a su Derecho y procedimientos nacionales que imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia como alternativa a la prisión provisional”.

Como también aclaró el TJUE en el asunto *JZ*, el Derecho de la UE exige una interpretación autónoma de los términos contenidos en disposiciones que no remiten al Derecho nacional para determinar su significado.²¹ Por lo tanto, al menos *prima facie*, el art. 4(a) DMOEVA aparentemente milita en contra de la construcción de un concepto autónomo de la UE.

No obstante, el TJUE ya se ha enfrentado a cuestiones relativas a la interpretación de disposiciones que contienen remisiones expresas al Derecho nacional, también en el delicado ámbito del Derecho penal. El primer asunto relevante a este respecto fue *Poltorak*, que abordaba el concepto de autoridad judicial emisora a efectos de la Decisión marco sobre la ODE.²² En virtud del art. 6(1) de la DM ODE, dicha autoridad se define como “[I]a autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud del Derecho de ese Estado”. Por lo tanto, cada Estado miembro es *aparentemente* libre de identificar a la autoridad competente, según su propia concepción de qué autoridades pueden considerarse “judiciales”. Sin embargo, el TJUE fue en la dirección opuesta, y su razonamiento es digno de mención. Con respecto al art. 6(1), el Tribunal aclaró que la referencia al Derecho interno es un mero reflejo del principio de autonomía procesal nacional, y sólo se refiere a la propia designación de la autoridad.²³ Por el contrario, “no se refiere a la definición del concepto de «autoridad judicial» en sí mismo”, de modo que el Tribunal sigue siendo libre de examinar las opciones nacionales a la luz de la interpretación autónoma de la UE del término “judicial”.²⁴ El

²¹SSTJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-294/16 PPU *JZ*).

²²SSTJUE de 10 de noviembre de 2016 (asunto C-452/16 PPU *Poltorak*).

²³*Ibid.*, apartado 30.

²⁴*Ibid.*

camino trazado en el asunto *Poltorak* fue seguido sistemáticamente en una rica línea de jurisprudencia en la que el Tribunal fue afinando progresivamente los criterios para evaluar si una autoridad nacional era suficientemente independiente para ser judicial en el contexto de la ODE.²⁵

Un enfoque similar se siguió en el asunto *Dworzecki*, relativo al alcance de los motivos de denegación “*in absentia*” en virtud del art.4bis(1)(a)(i) de la Decisión marco sobre la orden de detención europea.²⁶ Con arreglo a esta disposición, la autoridad de ejecución no está facultada para denegar la entrega si la ODE declara que la persona, aunque no esté presente en el juicio, fue citada personal o indirectamente “con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión”. A pesar de esta clara remisión al Derecho nacional, el TJUE consideró que las condiciones descritas en el art. 4bis(1)(a)(i), que definen si se puede considerar que la persona ha sido citada de manera que no se justifique una denegación, serán conceptos autónomos del Derecho de la UE.²⁷ Una vez más, el alcance de la referencia al Derecho nacional se circunscribió a “los aspectos formales [y] los métodos, incluidos los requisitos de procedimiento”, de la citación.²⁸ Lo más importante es que, en esta ocasión, el TJUE aclaró que una referencia expresa al Derecho nacional en una disposición no basta para excluir que un determinado concepto de la misma disposición pueda interpretarse de forma autónoma. Lo decisivo es si el objeto de la remisión era específicamente ese concepto.²⁹

Estos dos asuntos demuestran que el Tribunal opta, siempre que es posible, por una interpretación restrictiva de las remisiones al Derecho

²⁵*Ex multiis*: SSTJUE de 27 de mayo de 2019 (asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU *OG y PI*); SSTJUE de 9 octubre de 2019 (asunto C-489/19 PPU *NJ*); SSTJUE de 12 diciembre de 2019 (asunto C-625/19 PPU *XD*); *vid. también, inter alia*: Heimrich, Chad (2019), “European arrest warrants and the independence of the issuing judicial authority – How much independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU *OG and PI*)”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10(4), pp. 389-398; Rosanò, Alessandro (2017), “If You Are a Judicial Authority and You Know It, Raise Your Hands-Case Note on C-452/16 PPU, *Poltorak*, C-453/16 PPU, *Ozcelik*, C-477/16 PPU, *Kovalkovas*”, *European Criminal Law Review*, vol. 7, pp. 89-98.

²⁶SSTJUE de 24 de mayo de 2016 (asunto C-108/16 PPU *Dworzecki*).

²⁷*Ibid.*, apartado 30.

²⁸*Ibid.*, apartado 31.

²⁹*Ibid.*, apartado 29.

nacional. Ciertamente, este enfoque es en cierto modo coherente con la lógica que subyace a los conceptos autónomos, a saber, garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la UE, en consonancia con el principio de igualdad.³⁰ Además, la presencia de tales referencias ni siquiera llevó al Tribunal a ejercer cierta autocontención. Por el contrario, se observó que tanto *Poltorak* como *Dworzecki* pueden clasificarse como asuntos de resultado (“outcome cases”), es decir, sentencias que proporcionan una respuesta detallada que no deja ningún margen de discrecionalidad al juez remitente.³¹ La razón de ello se ha identificado en la naturaleza de los conceptos en cuestión. Ambas sentencias se refieren a nociones esenciales, que requieren una interpretación muy uniforme para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de la ODE.³²

Por lo tanto, no es improbable que el Tribunal proporcione, si se le pide, una interpretación autónoma de la noción de “detención” en la DM de la OEV el art. 4(a) DM OEV hace referencia a una decisión adoptada de conformidad con la legislación y los procedimientos nacionales del Estado miembro de emisión, y por la que se imponen determinadas medidas como alternativa a la detención. Sin embargo, una lectura restrictiva de dicha referencia podría circunscribir su alcance a las leyes y procedimientos nacionales que determinan, por ejemplo, la *pericula libertatis* y la probabilidad de culpabilidad exigida, las garantías procesales y los recursos judiciales contra la decisión. Por el contrario, la naturaleza jurídica, privativa o no de libertad, de la medida impuesta no se refiere a la forma en que se adopta la decisión, sino a su contenido. A este respecto, conviene subrayar también que el propio alcance y aplicabilidad del mecanismo de la OEV se ven afectados por el hecho de que una medida se considere “privativa de libertad” o alternativa, lo que hace aún más apropiada la definición de un concepto autónomo.

Esta lectura de la remisión al Derecho nacional se vería corroborada por una interpretación literal del art. 4(a) DM OEV, y por la

³⁰ Por ejemplo, SSTJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-294/16 PPU *JZ*), apartado 35 ; SSTJUE de 17 de julio de 2008 (asunto C-66/08 *Kozłowski*), apartado 42.

³¹ Mancano, Leandro (2018), “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, *European Law Review*, vol. 43(1), pp.80-82; Tridimas, Takis (2011), “Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9(3-4), pp. 737-756.

³² Mancano, Leandro, *cit.*, pp. 85-86.

posición de dicha referencia en el mismo. A este respecto, cabe recordar la sentencia del TJUE en el asunto *Fish Legal y Shirley*, relativa al concepto de “personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del Derecho interno, funciones administrativas públicas” del art. 2(2)(b) de la Directiva 2003/4.³³ Al interpretar las “funciones administrativas públicas” como un concepto autónomo del Derecho de la UE, el Tribunal se basó, entre otras cosas, en la redacción de la disposición pertinente en la versión francesa, que reza “*personne physique ou morale qui exerce, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques*”. El Tribunal observó que, a la luz de su posición en la sentencia, la frase “*en vertu du droit interne*” sólo estaba vinculada al ejercicio de las funciones, mientras que no abarcaba la definición de su naturaleza “administrativa pública”.³⁴ Aplicando este enfoque al art. 4(a) DM OEV, puede hacerse referencia a su versión inglesa, que dice “decision taken [...] in accordance with its national laws and procedures and imposing [...] as an alternative to provisional detention, one or more supervision measures”. Mientras que la referencia a las leyes y procedimientos nacionales se encuentra en la primera mitad de la frase, el requisito de que la medida sea una alternativa a la detención sólo viene después. En otras palabras, de conformidad con el art. 4(a), la resolución se adoptará de conformidad con el Derecho nacional, en el sentido de que la propia DM no armoniza el procedimiento que conduce a la imposición de una medida de vigilancia. Por el contrario, el hecho de que la medida en cuestión equivalga a una “detención” o a una alternativa no dependerá del Derecho nacional, sino de una noción de la UE. El mismo razonamiento seguiría siendo válido considerando, al menos, las versiones lingüísticas francesa, italiana y española.

4. 2. El caso del arresto domiciliario y la necesidad de un concepto más estricto de “detención”

Cualquier intento de delimitar la noción de detención se enfrenta al arresto domiciliario como medida especialmente problemática. De hecho, también otras medidas menos restrictivas pueden equivaler a una

³³SSTJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-279/12 *Fish Legal and Shirley*). Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 28 de enero de 2003.

³⁴ SSTJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-279/12 *Fish Legal and Shirley*), apartado 44.

“detención” según la jurisprudencia tanto del TEDH³⁵ como del TJUE,³⁶ pero esto puede ser cierto si se evalúa caso por caso. Por el contrario, el arresto domiciliario se ha considerado constantemente una medida privativa de libertad en la jurisprudencia de Estrasburgo.³⁷ Además, en la jurisprudencia del TJUE se han manifestado señales de la misma tendencia. En primer lugar, de conformidad con el art. 52(3) de la Carta, el TJUE ha confirmado la jurisprudencia del TEDH en la definición de la noción comunitaria de detención.³⁸ Además, y más concretamente, ya ha asimilado el arresto domiciliario a la detención, concretamente a efectos de la aplicación del procedimiento PPU, que requiere que el sospechoso esté privado de libertad.³⁹ En la misma línea, cabe recordar una vez más que también algunos Estados miembros consideran el arresto domiciliario como equivalente a la detención preventiva,⁴⁰ o incluso como una mera forma de ejecución de la misma.⁴¹

Este último problema, derivado de las legislaciones nacionales, puede resolverse interpretando la “detención” como una noción autónoma. No obstante, si dicha noción se interpretara mediante la transposición de la jurisprudencia del TEDH, como hizo el TJUE en el asunto *JZ*, el arresto domiciliario seguiría considerándose “detención” y, por tanto, quedaría excluido del ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre la OEV, al igual que otras medidas, en función de su tipo, duración, efectos y aplicación.

Por lo tanto, es importante establecer el significado autónomo de “detención” a la luz de la redacción, el contexto y los objetivos específicos de la Directiva marco sobre la OEV.

Partiendo de las disposiciones de la Decisión marco, el instrumento parece incluir el arresto domiciliario en su ámbito de aplicación, entre las medidas cuyo reconocimiento es obligatorio en virtud del art. 8(1). De hecho, la letra c) de esta disposición describe las medidas de vigilancia consistentes en “la obligación de permanecer en un

³⁵SSTEDH de 6 de noviembre de 1980 (7367/76 *Guzzardi*).

³⁶SSTJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-294/16 PPU *JZ*).

³⁷SSTEDH de 5 de julio de 2016 (23755/07 *Buzadji*).

³⁸SSTJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-294/16 PPU *JZ*), apartados 49-52.

³⁹SSTJUE de 13 de enero de 2021 (asunto C-414/20 PPU *MM*), apartados 37-39.

⁴⁰Art. 284(5), código de procedimiento penal italiano, en lo sucesivo “cpp”.

⁴¹En Bélgica: Loi relative à la détention préventive (14 août 1990), art. 16, primer apartado, segundo inciso; Cour de cassation - Arrêt n° P.23.0385.F du 22 mars 2023; Beernaert, Marie-Aude (2016), *Détention préventive*, Bruxelles, Bruylant, p. 111.

lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados”. Es evidente que el arresto domiciliario encaja perfectamente en esta definición. De hecho, el verbo “permanecer en” también transmite la idea de permanecer físicamente en una casa, aunque también puede incluir la mera obligación de registrarse como residente formal o domiciliado en una dirección determinada. En cuanto a la posible limitación a “períodos determinados”, puede referirse al permiso para que el sospechoso salga durante algunas horas, por ejemplo por motivos laborales o familiares, aunque también puede abarcar situaciones en las que la mera obligación de residir formalmente vaya acompañada de un toque de queda.

Esta interpretación literal se vería confirmada por el contexto del art. 8(1). Como se ha recordado recientemente, la interpretación contextual de una disposición suele remitirse a otras disposiciones del mismo instrumento y a los antecedentes legislativos.⁴² A este respecto, es importante señalar que el principal criterio que determina el Estado miembro de ejecución es la residencia legal y habitual del interesado (art. 9(1)). Esto indica, en esencia, el Estado miembro en el que vive normalmente el sospechoso, que lógicamente coincide con el más adecuado para que esa persona permanezca en arresto domiciliario. Además, de los trabajos preparatorios⁴³ puede deducirse sin lugar a dudas que la Comisión tenía la intención de incluir el arresto domiciliario en la Decisión marco sobre la OEV. De forma similar al texto final, la Propuesta enumeraba una serie de medidas de supervisión, entre las cuales la más similar al art. 8(1)(c) es la obligación de que el sospechoso se encuentre en su lugar de residencia especificado [...] en momentos determinados. Al describir las medidas alternativas consagradas en la Propuesta, la Comisión afirmó expresamente que corresponden a las reconocidas en las Recomendaciones del Consejo de Europa y en el Derecho nacional, “por ejemplo, [...] el toque de queda y el arresto domiciliario”.⁴⁴

⁴²Conclusiones de la Abogada general Tamara Capeta presentadas el 22 de junio de 2023 (asunto C-281/22 *G.K. y otros*), apartado 34.

⁴³Los trabajos preparatorios son cada vez más importantes en la interpretación del Derecho derivado: Lenaerts, Koen y Gutierrez-Fons, Jose A. (2014), “To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 20(2), pp. 29-31.

⁴⁴Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares

Por último, los objetivos perseguidos por el mecanismo de la OEV corroboran esta interpretación. Entre los diversos objetivos, es especialmente relevante la promoción de medidas no privativas de libertad para los sospechosos que no residen en el Estado del juicio (art. 2(1)(b)). En ausencia de la OEV, estas personas o bien ingresarían en prisión (incluso cuando, en circunstancias comparables, un residente probablemente no lo haría), o bien quedarían en libertad;⁴⁵ por lo tanto, la alternativa para la autoridad competente sería o bien hacer un uso desproporcionado y discriminatorio de la prisión preventiva, o bien aceptar una amenaza para la presunta víctima, la integridad de las pruebas y el orden público.⁴⁶ Como un no residente no tiene -o ha dejado de tener- casa en el Estado del juicio, el arresto domiciliario es comparable a otras medidas de vigilancia, en el sentido de que sólo sería posible que el sospechoso se sometiera a esa medida en su Estado miembro de residencia, no en el que incoa el proceso contra él. Además, otro objetivo a largo plazo de la Decisión marco es la reducción del hacinamiento en las prisiones,⁴⁷ a lo que contribuye el uso desproporcionado de la prisión preventiva.⁴⁸ También en este sentido, sería coherente considerar el arresto domiciliario dentro del ámbito de aplicación de la DM OEV, para permitir a los no residentes ejecutar dicha medida en su Estado miembro y evitar que ingresen en prisión preventiva en el Estado del juicio.

A la luz de lo anterior, la Decisión marco sobre la OEV requiere una noción autónoma *ad hoc* de “detención”. En el marco de la OEV, este término debería equivaler a “encarcelamiento”. Por el contrario, el arresto domiciliario y, *a fortiori*, las medidas menos graves deben considerarse alternativas a la detención, por lo que entran en el ámbito de aplicación de la Decisión marco. A la luz del considerando 11, según el cual “[p]ara la supervisión de las medidas de vigilancia podrá recurrirse, cuando proceda, a medios electrónicos”, lo mismo debería aplicarse al arresto domiciliario acompañado de una etiqueta electrónica.

aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea, COM(2006) 468 final, apartado 3 (traducción de los autores).

⁴⁵Considerando 5, DM OEV.

⁴⁶Considerando 3, DM OEV.

⁴⁷COM(2006) 468 final, *cit.*, apartado 1.

⁴⁸Soo, Anneli (2020), “Common standards for detention and prison conditions in the EU: recommendations and the need for legislative measures”, *ERA Forum*, vol. 20, p. 330.

Sin embargo, esta interpretación suscita al menos dos críticas.

En primer lugar, se puede argumentar que implica superar o incluso contradecir *JZ*. Sin embargo, como también se desprende de *JZ*, el significado de “detención” en virtud del art. 26(1) de la Decisión marco sobre la orden de detención europea se deriva no sólo del significado común de la palabra, sino también del contexto y de los objetivos de la disposición en cuestión. Una posible diferencia en el significado de la misma palabra en dos instrumentos diferentes es inherente a la forma en que se interpretan los conceptos autónomos. De hecho, la misma palabra situada en un contexto diferente y en un instrumento que persigue objetivos distintos puede tener un significado (parcialmente) diferente.⁴⁹ Ni siquiera sería éste el primer caso en el ámbito de la cooperación judicial. Mientras que un fiscal sólo puede dictar una ODE si cumple ciertas garantías estrictas de independencia,⁵⁰ tales condiciones no se aplican a la solicitud de medidas meramente de investigación en el marco de la orden europea de investigación.⁵¹

Por último, una noción más restringida de “detención” puede implicar una rebaja de las normas establecidas por el TEDH y confirmadas en el asunto *JZ*, en violación del art. 52(3) de la Carta. Dado que la extensión del concepto de “detención” a las medidas extrapenitenciarias tiene precisamente por objeto ampliar el alcance de las garantías vinculadas a las mismas, este riesgo no es *a priori* infundado.⁵² No obstante, bastaría con aplicar la noción más restringida de “detención” únicamente a efectos del ámbito de aplicación *rationemateriae* de la DM OEV, a saber, con vistas a incluir en él el arresto domiciliario y otras medidas a pesar de su naturaleza privativa de libertad *de facto*. A la inversa, la imposición de tales medidas seguiría estando sujeta a todas las garantías procesales inherentes a la detención, tanto las establecidas a nivel supranacional como las que, en su caso, establezca el Derecho nacional (por ejemplo, los delitos más graves a los que se aplica la medida, límites de duración más cortos, garantías procesales más sólidas, etc.).

⁴⁹ Mancano, Leandro, *cit.*

⁵⁰ *Supra*, n. 25.

⁵¹ SSTJUE de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-584/19 *A. y otros*).

⁵² El riesgo de obstaculizar los derechos fundamentales es de algún modo inherente a la creación de conceptos autónomos: Ćorić, Vesna B. y Knežević Bojović, Ana S. (2020), “Autonomous concepts and status quo method: Quest for coherent protection of human rights before European supranational courts”, *Strani Pravni Život*, vol. 4, p. 32.

4. 3. Breve resumen de las soluciones nacionales

Aunque el TJUE aún no ha tenido la oportunidad de aclarar los puntos antes mencionados, estas cuestiones ya se han planteado en algunos Estados miembros.

El caso italiano es especialmente significativo, ya que la cuestión relativa a la naturaleza del arresto domiciliario en virtud de la Decisión marco sobre la OEV ya ha llegado tres veces al Tribunal de Casación. En todos los casos, Italia era el Estado de enjuiciamiento/emisión, y se planteaba la cuestión de si el hecho de que el sospechoso tuviera una casa en otro Estado miembro permitía que la imposición del arresto domiciliario (en lugar de la prisión preventiva), fuera supervisada en ese Estado miembro. En un primer momento, en julio de 2021, se respondió negativamente a la pregunta.⁵³ En ese caso, el sospechoso había solicitado la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, alegando que tenía un domicilio disponible en Polonia. El motivo se basaba en el art. 4, apartado 1, letra c), del Decreto Legislativo 36 de 2016 (en lo sucesivo, “d.lgs. 36/2016”), que transpone el art. 8(1)(c) de la Decisión marco sobre la OEV. El Tribunal de Casación desestimó el recurso por considerarlo manifiestamente infundado. Para ello, se basó en la comprensión puramente interna de la naturaleza del arresto domiciliario que, en virtud del art. 284(5) cpp., se considerará equivalente a la detención preventiva. Por el contrario, no se dio ninguna importancia al origen europeo del mecanismo en cuestión, cuya justificación y objetivos ni siquiera se tomaron en consideración. Sólo dos meses más tarde, otra Sección del Tribunal de Casación anuló completamente dicha sentencia.⁵⁴ Tras ilustrar el funcionamiento general del reconocimiento mutuo y de la confianza recíproca, el Tribunal de Casación recordó y subrayó que los jueces nacionales tienen la obligación de una interpretación coherente. Así, subrayó que el d.lgs. 36/2016 debe interpretarse a la luz de los objetivos de la DM OEV, en

⁵³Tribunal de Casación italiano, Sentencia n. 26010/2021.

⁵⁴Tribunal de Casación italiano, Sentencia n. 37739/2021. Para un comentario, véase Colaiacovo, Guido (2021), “L’Ordine di sorveglianza europeo nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia cautelare: a margine di una recente decisione della Cassazione”, *Sistema Penale*, en <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-37739-ordine-sorveglianza-ue-cooperazione-misure-cautelari> (fecha de consulta: 05/10/2023).

particular la prevención del uso excesivo de la prisión preventiva *frente a* los no residentes. Partiendo de esta premisa, el Tribunal señaló que considerar el arresto domiciliario como una detención, y no como una alternativa, “implica la traición” de dicho objetivo. De hecho, llevaría al encarcelamiento de un sospechoso que no tuviera una casa disponible en Italia, en la misma situación en la que el arresto domiciliario se consideraría una medida suficiente para un ciudadano o residente italiano. En la misma línea, el Tribunal subrayó que la confianza mutua implica reconocer la capacidad de cualquier EM de la UE para garantizar, en términos de eficacia, la misma vigilancia que el Estado miembro del juicio. El Tribunal concluyó que, a efectos de la elección entre prisión preventiva y arresto domiciliario, la disponibilidad de un domicilio en otro Estado miembro de la UE en el que el sospechoso tenga vínculos sociales equivaldrá a la disponibilidad de un domicilio en Italia. Aunque cabe destacar su razonamiento orientado hacia la UE, la Casación italiana puede ser criticada por no plantear la cuestión prejudicial. Curiosamente, el Tribunal consideró la DM de la OEV como un *acteclair* a este respecto, según los llamados criterios *CILFIT*. Teniendo en cuenta las opiniones opuestas en el seno del propio Tribunal de Casación, la jurisprudencia reiterada del TEDH que califica el arresto domiciliario de privación de libertad y la sentencia del TJUE en el asunto *JZ*, una remisión prejudicial habría sido probablemente una solución más prudente. Sea como fuere, esta sentencia fue reiterada posteriormente por otra Sección de la Casación, en 2022,⁵⁵ representando así el enfoque italiano actual de la cuestión.

La interacción entre el arresto domiciliario y la OEV también resultó problemática en otros Estados miembros.

Un caso interesante es el francés, en el que el Ministerio de Justicia previó posibles dudas surgidas cuando Francia actúa como Estado de ejecución en virtud de la Ley n° 2015-993, por la que se transpone la Directiva marco sobre la OEV. De ahí que el punto se trate en una *Circulaire* del Ministerio, caracterizada por un enfoque del problema orientado al reconocimiento mutuo.⁵⁶ En particular, la *circular* reconoce la existencia, en otros Estados miembros, de la medida de arresto domiciliario con vigilancia electrónica como alternativa a la

⁵⁵Tribunal de Casación italiano, Sentencia n.8864/2022.

⁵⁶Circulaire du 11 août 2016 de présentation des dispositions de la loi n° 2015-993 du 17 août 2015, apartado 3.3.

prisión preventiva. El Ministerio señala que, si bien no existe una medida perfectamente equivalente en el ordenamiento jurídico francés, éste prevé la obligación de no ausentarse del domicilio o residencia fijado por la autoridad competente, salvo por los motivos permitidos por la misma autoridad. Así, se sugiere que la autoridad de ejecución adapte el arresto domiciliario y aplique la medida prevista en la legislación nacional, en virtud del art. 696-75 del código de procedimiento penal francés que transpone el art. 13(1) DM OEV. Por lo que respecta a Francia como Estado miembro emisor, la cuestión tratada por la Casación italiana también ha comenzado a plantearse ante los tribunales inferiores franceses.⁵⁷

CONCLUSIONES. EL CAMINO POR RECORRER: ¿DE LA ORIENTACIÓN BLANDA A COMPLETAR LA NOCIÓN DE DETENCIÓN MEDIANTE NORMAS COMUNES DE LA UE?

El análisis desarrollado hasta ahora demuestra la complejidad y la sensibilidad inherentes al concepto de detención en el Derecho de la UE. En la legislación de la UE en materia de migración y asilo, la predeterminación de los criterios para privar legalmente a los nacionales de terceros países de su libertad personal se enfrenta a intentos diarios por parte de los Estados miembros de apartarse de sus obligaciones, a menudo alimentados por ambiciones de securitización. En cuanto al ámbito de la cooperación judicial en materia penal, desde una perspectiva opuesta, los Estados miembros han contrastado tradicionalmente la adopción de normas comunes de la UE en materia de detención preventiva o condiciones materiales de detención. En consecuencia, todos los instrumentos de Derecho penal de la UE que tratan de distintas formas la privación de libertad guardan silencio incluso sobre su propia definición, así como sobre una amplia gama de otras garantías individuales. En este vacío legislativo, y dentro de los límites de su competencia en virtud del art. 267 del TFUE, el Tribunal de Justicia desempeñó el papel más activo a la hora de aclarar algunas cuestiones cruciales.⁵⁸ Una de ellas es el propio concepto de detención definido en

⁵⁷ Por ejemplo, Tribunal de Apelación de Bordeaux de 12 de noviembre de 2015, asunto 2015/00770.

⁵⁸ Soo, Anneli, *cit.*, p. 337-338.

JZ. Otros ejemplos son la relevancia de las condiciones de detención en los procedimientos de ODE, especificadas en casos como *Aranyosi*,⁵⁹ *ML*⁶⁰ y *Dorobantu*,⁶¹ y la protección de la persona entregada contra la detención previa a la entrega excesiva.⁶² Aún así, el Tribunal también se ha mostrado dispuesto a dejar aspectos clave en manos del Derecho nacional, como fue el caso de las consecuencias, sobre la detención preventiva del sospechoso, de la invalidez de una ODE.⁶³

Este contexto incierto suscita la cuestión de si unas normas comunitarias compartidas podrían establecer unas condiciones equitativas que impulsen la confianza mutua y el desarrollo del proceso de integración de la UE en un ámbito tan sensible como el Derecho penal. A este respecto, el Parlamento Europeo ha pedido reiteradamente a la UE que explore esta opción.⁶⁴ Las dificultades políticas surgieron sobre todo en el Consejo, que se ha mostrado cada vez más favorable a la adopción de meros instrumentos de Derecho indicativo de la UE. En 2009, por ejemplo, la mayoría de los Estados miembros reaccionaron al *Libro Verde* de la Comisión sobre la detención preventiva⁶⁵ negando la necesidad de normas comunes vinculantes en la materia,⁶⁶ y esta preferencia ha sido reiterada más recientemente -e igualmente con

⁵⁹SSTJUE de 5 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 *Aranyosi y Căldăraru*).

⁶⁰SSTJUE de 25 de julio de 2018 (asunto C-220/18 PPU *ML*).

⁶¹SSTJUE de 15 de octubre de 2019 (asunto C-128/18 *Dorobantu*).

⁶²SSTJUE de 16 de julio de 2015 (asunto C-237/15 PPU).

⁶³SSTJUE de 13 de enero de 2021 (asunto C-414/20 PPU *MM*).

⁶⁴Por ejemplo: Parlamento Europeo (2011), “European Parliament resolution of 15 December 2011 on detention conditions in the EU” (2011/2897(RSP)), en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0585> (fecha de consulta: 04/10/2023); Parlamento Europeo (2017), “Prison systems and conditions – European Parliament resolution of 5 October 2017 on prison systems and conditions” P8_TA(2017)0385, en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0385_EN.html (fecha de consulta: 04/10/2023).

⁶⁵Comisión europea (2011), “Strengthening mutual trust in the European judicial area – A Green Paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention”, COM(2011) 327 final.

⁶⁶“Analysis of the replies to the Green Paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention”, en [Analysis of the replies to the Green Paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention. | CSDPE – Centro Studi di Diritto Penale Europeo](#) (fecha de consulta: 04/10/2023). para un comentario, véase Soo, Anneli, *cit.*, pp. 332-333.

firmeza-por el Consejo.⁶⁷ Además, los obstáculos políticos se entrecruzan con los jurídicos: se discute la solidez de la base jurídica primaria para sostener dicha iniciativa, ya que el art. 82(2)(b) del TFUE se presta a una amplia gama de interpretaciones. Por ejemplo, mientras que algunos autores sostienen que las condiciones penitenciarias pueden interpretarse como “derechos de las personas durante el procedimiento penal”⁶⁸ y armonizarse sobre esa base jurídica, otros sostienen que la competencia de la UE es actualmente inadecuada para este fin.⁶⁹

Buscando un equilibrio entre la urgencia de adoptar normas armonizadas en materia de detención preventiva y condiciones penitenciarias, por un lado, y los obstáculos políticos y jurídicos, por otro, la Comisión Europea optó por una orientación flexible. En diciembre de 2022, publicó la Recomendación C(2022) 8987 final, destinada a reforzar los derechos de los detenidos y sospechosos, reforzar la confianza mutua y, en consecuencia, fomentar la eficacia de los mecanismos de cooperación judicial, centrándose principalmente en la ODE y la DM 2008/909/JAI.⁷⁰ Sin embargo, una vez más, este acto no identifica los contornos precisos de la noción de “detención”. En particular, guarda absoluto silencio sobre los criterios para abordar el amplio y difuso ámbito de las alternativas al encarcelamiento formal, que aún podrían implicar un alto grado de intrusión en la libertad de una persona. De ello se desprende que, por ejemplo, reproduce los problemas planteados por la interacción entre la jurisprudencia *JZ* y la DM OEV: la “obligación de residir en una dirección determinada” se enumera entre

⁶⁷“Resultados de la reunión del Consejo JAI de los días 7 y 8 de octubre de 2021”, en <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2021/10/07-08/> (fecha de consulta: 04/10/2023)

⁶⁸Mancano, Leandro (2019), “*Storming the Bastille: Detention conditions, the right to liberty and the case for approximation in EU law*”, *Common Market Law Review*, vol. 56, pp. 61-90.

⁶⁹Coventry, Thea (2017), “Pretrial detention: Assessing European Union Competence under Article 82(2) TFEU”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 8(1), pp. 43-63; Wieczorek, Irene (2022), “EU Harmonisation of Norms Regulating Detention: Is EU Competence (Art. 82(2)b TFEU) Fit for Purpose?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 28, pp. 465-481.

⁷⁰Recomendación de la Comisión sobre los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y sobre las condiciones materiales de reclusión, C(2022)8987, de 8 de diciembre de 2022, en [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C\(2022\)8987&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2022)8987&lang=es) (fecha de consulta: 04/10/2023).

las medidas que deben preferirse a la privación de libertad,⁷¹ pero sin aclarar si, no obstante, debe considerarse “detención” a efectos de la aplicación de las garantías procesales vinculadas a la privación de libertad.

Esta situación revela la urgencia de un enfoque más sistémico de la detención, ya sea mediante aclaraciones interpretativas del Tribunal de Justicia o, lo que sería aún más deseable, mediante límites normativos comunes establecidos en un instrumento vinculante. Esto estaría en consonancia con la evolución del principio de reconocimiento mutuo, que ha pasado de ser una herramienta al servicio principalmente de los intereses de los Estados miembros en materia de aplicación de la ley a un medio para llevar a cabo una evaluación más global de todos los valores de la UE en juego, incluidos los derechos fundamentales.⁷² Además, desde la perspectiva de las personas sujetas a procedimientos de cooperación judicial, las consideraciones policiales van ahora acompañadas de consideraciones de reinserción social, que han sido reconocidas como un interés a escala de la UE subyacente a la cooperación horizontal entre las autoridades judiciales nacionales.⁷³ El establecimiento de normas penitenciarias comunes puede ser una forma prometedora de evitar abusos, minimizar las discriminaciones en el acceso a medidas alternativas y garantizar una adhesión significativa a la lógica resocializadora de las sanciones penales en el marco social dinámico reforzado por el espacio sin fronteras de la UE. Teniendo en cuenta la cuestionable aplicabilidad de la jurisprudencia *Aranyosi* al traslado de presos DM y, en consecuencia, la ausencia de un mecanismo que prohíba el traslado del condenado a un Estado miembro con malas condiciones de detención,⁷⁴ es de suma importancia garantizar que estas

⁷¹*Ibid.*, apartado 17.

⁷²Caeiro, Pedro y Fidalgo, Sonia y Rodrigues, Joao Prata (2018), “The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25(6), pp. 689-703.

⁷³Montaldo, Stefano (2018), “Offenders’ rehabilitation: Towards a new paradigm for EU criminal law?”, *EuCLR European Criminal Law Review*, vol. 8(2), pp. 223-243.

⁷⁴Marguery, T.P. (2018), “Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the European Arrest Warrant and the transfer of prisoners framework decisions”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25(6), pp. 713-714.

últimas se ajusten a las normas adecuadas.⁷⁵ Esto también beneficiaría a las personas entregadas mediante ODE. De hecho, por el momento, su única protección es el test *Aranyosi*, que, sin embargo, no protege al individuo contra condiciones de encarcelamiento inferiores a la norma, pero no tan duras como para equivaler a un trato inhumano o degradante.⁷⁶

BIBLIOGRAFÍA

Brandariz, José (2020), “Framework Decision 2008/909/JHA and Deportation of EU Citizens: Encroaching Different EU Law Tools”, in Montaldo, Stefano (Dir.), *The transfer of Prisoners in the European Union. Challenges and Prospects in the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, Eleven International Publishing.

Bernaert, Marie-Aude, *Détention préventive*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

Caeiro, Pedro y Fidalgo, Sonia y Rodrigues, Joao Prata (2018), “The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25(6), pp. 689-703.

Colaiacovo, Guido (2021), “L’Ordine di sorveglianza europeo nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia cautelare: a margine di una recente decisione della Cassazione”, *Sistema Penale*, en <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-37739-ordine-sorveglianza-ue-cooperazione-misure-cautelari>(fecha de consulta: 05/10/2023).

Ćorić, Vesna B. y Knežević Bojović, Ana S. (2020), “Autonomous concepts and status quo method: Quest for coherent protection of human rights before European supranational courts”, *Strani Pravni Život*, vol. 4, pp. 27-40.

Coventry, Thea (2017), “Pretrial detention: Assessing European Union Competence under Article 82(2) TFEU”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 8(1), pp. 43-63; Wiczorek, Irene (2022), “EU Harmonisation

⁷⁵Martufí, Adriano (2018), “Assessing the resilience of ‘social rehabilitation’ as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework Decision 2008/909/JHA”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 9(1), p. 54.

⁷⁶Mancano, Leandro, “Storming the Bastille”, *cit.*, p. 82.

of Norms Regulating Detention: Is EU Competence (Art. 82(2)b TFEU) Fit for Purpose?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 28, pp. 465-481.

Heimrich, Chad (2019), “European arrest warrants and the independence of the issuing judicial authority – How much independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU OG and PI)”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 10(4), pp. 389-398.

Jacobson, Jessica; Heard, Catherine y Fair, Helen, *Prison. Evidence of its use and over-use from around the world*, Institute for Criminal and Policy Research – Fair Trials, 2017, https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/global_imprisonment_web2c.pdf.

Lenaerts, Koen y Gutierrez-Fons, Jose A. (2014), “To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 20(2), pp. 3-61.

Mancano, Leandro (2018), “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, *European Law Review*, vol. 43(1), pp. 69-88.

Mancano, Leandro (2019), “*Storming the Bastille*: Detention conditions, the right to liberty and the case for approximation in EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 56, pp. 61-90.

Marguery, T.P. (2018), “Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the European Arrest Warrant and the transfer of prisoners framework decisions”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25(6), pp. 704-717.

Martufi, Adriano (2018), “Assessing the resilience of ‘social rehabilitation’ as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework Decision 2008/909/JHA”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 9(1), pp. 43-61.

Mitsilegas, Valsamis (2020), “Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe’s area of criminal justice”, *Common Market Law Review*, vol. 57(1), pp. 45-78.

- Montaldo, Stefano (2018), “Offenders’ rehabilitation: Towards a new paradigm for EU criminal law?”, *EuCLR European Criminal Law Review*, vol. 8(2), pp. 223-243.
- Montaldo, Stefano (2022), “Intersections among EU judicial cooperation instruments and the quest for an advanced and consistent European judicial space: The case of the transfer and surrender of convicts in the EU”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 13(3), pp. 252-269.
- Neira-Pena, Ana (2020), “The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order: The defeat of Liberty Versus Security”, *European Papers*, vol. 5(3), p. 1493-1509.
- Rosanò, Alessandro (2017), “If You Are a Judicial Authority and You Know It, Raise Your Hands-Case Note on C-452/16 PPU, Poltorak, C-453/16 PPU, Ozcelik, C-477/16 PPU, Kovalkovas”, *European Criminal Law Review*, vol. 7, pp. 89-98.
- Sanchez Frías, Alejandro, *Los conceptos autonomos en el derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2023.
- Soo, Anneli (2020), “Common standards for detention and prison conditions in the EU: recommendations and the need for legislative measures”, *ERA Forum*, vol. 20, pp. 327-341.
- Tridimas, Takis (2011), “Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9(3-4), pp. 737-756.